

# *A DINÂMICA DA POLÍTICA CONSTITUCIONAL: O QUE PODEMOS EXTRAIR DO CASO "BROWN VS. BOARD EDUCATION"?*

## *THE DYNAMICS OF CONSTITUTIONAL POLITICS: WHAT LESSONS CAN WE TAKE FROM "BROWN VS. BOARD EDUCATION"?*

Glauco Salomão Leite<sup>1</sup>

Recebido em: 29/11/2017

Aceito em: 30/09/2018

glaucosalomao@uol.com.br

**Resumo:** O presente artigo analisa importantes aspectos institucionais do crescente processo de empoderamento judicial que tem caracterizado o constitucionalismo brasileiro nos últimos anos. Em primeiro lugar, destaca fatores extrajurídicos que contribuem para um maior grau de interferência judicial em controvérsias constitucionais relevantes. Em segundo lugar, ressalta os riscos decorrentes de uma narrativa que põe os Tribunais como atores soberanos do constitucionalismo. Conclui apontando para dinâmica da política constitucional, onde juízes e atores políticos estabelecem canais de interação institucional na implementação de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Política Constitucional. Juristocracia. Diálogos Constitucionais.

**Abstract:** This paper analyzes important institutional aspects of the increasing judicial empowerment that has characterized brazilian constitutionalism in recent years. First, it highlights extra-legal factors that contribute to a greater degree of judicial interference in relevant constitutional issues. Secondly, it focuses on the risks arising from a narrative that puts the Courts as sovereign actors of constitutionalism. It concludes by pointing to the dynamics of constitutional politics, where judges and political actors establish channels of institutional interactions in order to enforce fundamental rights.

**Keywords:** Constitutional Politics. Juristocracy. Constitutional Dialogues.

### 1. INTRODUÇÃO: UM CONSTITUCIONALISMO JUDICIALIZADO?

Existe razoável consenso sobre o fato de que juízes e Tribunais passaram a ocupar um lugar sobranceiro na definição de importantes questões políticas, sociais, morais e econômicas no país. Ninguém mais ousaria afirmar que o Supremo Tribunal Federal (STF) é uma instituição secundária ou coadjuvante na engenharia constitucional brasileira. De um simples desconhecido, passou o ocupar as páginas diárias dos principais jornais e revistas (BALEEIRO, 2008). Convém advertir que o crescente protagonismo das Cortes Constitucionais não representa uma situação isolada da democracia brasileira. A *juristocracia* é um fenômeno global, identificado em vários países europeus, inclusive do leste europeu, e na América Latina, por meio do qual existe um deslocamento sem precedentes de poderes decisórios das instâncias de representação política para os Tribunais<sup>2</sup>.

Essa nova realidade institucional tem suscitado intensos debates que giram em torno da legitimidade democrática do protagonismo judicial, do controle hermenêutico da discricionariedade interpretativa, da existência de mecanismos capazes de constranger práticas exageradas de ativismo judicial e de outras questões correlatas. Inúmeros pesquisadores têm analisado criticamente o tema,

<sup>1</sup> Universidade Católica de Pernambuco – Unicap – Recife – Pernambuco - Brasil

<sup>2</sup> Cf. GLOPPEN, GARGARELLA; SKAAR, 2004; VALLINDER; TATE, 1995; HIRSCHL, 2004.

oferecendo valiosas contribuições, tais como STRECK (2008), VALE (2009), ARAÚJO (2017), LEAL (2001), CONTINENTINO (2008) e CAMPOS (2014).

Curiosamente, ao longo da década de 90, boa parte da doutrina nacional defendeu a necessidade de uma jurisdição constitucional mais intensa e que fosse capaz de retirar do papel as promessas constitucionais. Era preciso extrair a maior eficácia possível dos direitos sociais, de modo a evitar serem tratados como normas programáticas sem força vinculante. Além disso, reivindicava-se um controle judicial mais rigoroso sobre inércia dos outros poderes, inclusive no campo das políticas públicas. Assim, em nome de uma efetividade constitucional, aos poucos se construiu uma narrativa que apostava todas as fichas nos juízes e Tribunais para que tivéssemos mais direitos fundamentais, mais inclusão e mais cidadania. O projeto constitucional brasileiro parecia desconfiar dos atores políticos e acreditar cegamente na capacidade transformadora de uma justiça vanguardista.

Nesse cenário, o presente texto pretende analisar duas questões conexas. A primeira delas parte da premissa de que o novo papel atribuído à justiça constitucional não decorre da vontade particular de cada magistrado. Não basta, portanto, querer ser ativista: é preciso poder sê-lo. Assim, discutem-se alguns elementos que criam um cenário favorável à juristocracia. A segunda questão refere-se à capacidade institucional do Poder Judiciário. Em meio a todo o discurso a favor de um empoderamento judicial, corre-se risco de supor que juízes possuem a real capacidade de promover alterações estruturais e complexas na realidade sócio-política. Em última análise, o argumento explora os limites do próprio sistema jurídico e os riscos que uma juristocracia excessiva representa para a democracia.

Para tanto, será analisado o emblemático caso *Brown vs. Board Education*, de 1954, no qual a Suprema Corte americana enfrentou o delicado problema da segregação racial nas escolas pública. Essa decisão é considerada um ícone da “revolução constitucional” operada pela Suprema Corte quando presidida pelo juiz Earl Warren (RODRIGUES, 1991). Porém, as referências a essa decisão costumam ser apologéticas, desconsiderando o contexto político daquele tempo histórico e os reais impactos de tal decisão.

## **2. O QUE FOI BROWN VS. BOARD EDUCATION? A DECISÃO, O TEXTO E O CONTEXTO.**

O debate entre acadêmicos norte-americanos sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário é antiga e remonta aos *Federalist Papers*. Em vários momentos distintos de sua história, a Suprema Corte foi acusada de invadir o espaço legítimo dos outros poderes, verificando-se um movimento pendular entre ativismo e autocontenção judicial a depender do ambiente político-institucional. Nesse sentido, com as fortes críticas que recebera na chamada *Lochner Era*, o Tribunal assumiu uma postura de maior deferência institucional em relação aos programas de governo nas áreas econômica e social. Porém, quando a questão envolvesse restrições a direitos e liberdades individuais, seria justificável um escrutínio judicial mais rigoroso. Essa filosofia judicial orientaria seu *modus operandi* a partir da década de 50, quando se observa um novo ciclo ativista da Suprema

Corte. Neste período, a Corte Warren era formada por juízes que defendiam que o Tribunal deveria desempenhar uma função “educadora” e “moral” na vida política americana (LEWIS, 1999, p. 20).

Ocorre que, em 1896, ao julgar o desastroso caso *Plessy vs. Ferguson*, o Tribunal entendeu que leis raciais não violavam a cláusula da *equal protection*, prevista na XIV Emenda Constitucional. Surgia a doutrina conhecida como “separados, porém iguais” (*separate but equal*): aos negros é permitido o uso do transporte público, mas em vagões distintos dos brancos. Assim, a Corte anuiu com as práticas discriminatórias há muito enraizadas. Não se pode esquecer que, em um sistema de *common law*, tal decisão possui força obrigatória geral em razão da doutrina do *stare decisis*, de modo que o Tribunal endossou uma jurisprudência conservadora e discriminatória por mais de meio século.

Já em um novo momento, em 1954, e sob a orientação da *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), entidade que esteve à frente de várias batalhas judiciais pelo fim da discriminação racial, foi levado à Suprema Corte o histórico caso *Brown vs. Board Education*, em que se discutia a segregação racial nas escolas. Sem que o Congresso Nacional ou o Presidente aprovasse qualquer medida para alterar o sistema legal vigente, a Suprema Corte revogou a doutrina *separate but equal*, reconhecendo o direito à igualdade entre negros e brancos. Em seu voto, o *Chief Justice* Warren afirmou que “ao enfrentar este problema, não podemos voltar o relógio para 1868, quando a emenda (a décima quarta) foi adotada, nem para 1896 quando *Plessy v. Ferguson* foi decidido”<sup>3</sup>.

A decisão no caso *Brown* teve a importância de qualificar como incompatível com a Constituição a discriminação no ambiente educacional. Nessa esteira, Warren levou em conta o novo contexto social de meados do século XX, inclusive desenhado pelo fim da Segunda Guerra mundial, e reconheceu que a permanência da doutrina *separate but equal* estaria a justificar um intolerável modelo de supremacia racial. Dessa maneira, introduziu na jurisprudência da Corte o “princípio da anti-discriminação”, que seria o fundamento de outras decisões dali em diante (WHITE, 1993, p. 43).

Com as decisões da Suprema Corte que deram vida à cláusula da *equal protection*, seguidas de movimentos sociais mais intensos que, aos poucos, garantiam a dessegregação racial nos parques, piscinas, meios de transporte e restaurantes, o Congresso Nacional decidiu agir, aprovando a Lei de Direitos Civis, em 1964 (*Civil Rights Act*), e a Lei do Direito ao Voto (*The Voting Rights Act*), em 1965. A constitucionalidade desses dois estatutos legais foi, na sequência, confirmada pela Corte (RODRIGUES, 1991, p. 126). Como observa STRAUSS (2010, p. 92), atualmente a decisão proferida em *Brown vs. Board Education* não apenas é aceita amplamente: é um ícone. Ao concluir que “separados não poderiam ser iguais”, a Corte estava dando um passo adiante, agindo como intérprete das visões humanitárias e civilizatórias prevalecentes na metade do século XX.

Diante do que se afirmou até aqui, podemos indagar: por que o Poder Legislativo, diante das reivindicações e protestos a favor da igualdade racial, não agiu rapidamente, evitando o

---

<sup>3</sup> *Brown vs. Board Education*, 347 U.S. 483 (1954).

deslocamento desse tema para a Suprema Corte? Por que, apenas após a decisão judicial, foram aprovadas as duas leis antes referidas?

### 3. DESCOLAMENTO ENTRE A CLASSE POLÍTICA E A SOCIEDADE.

Um dos fatores a impulsionar o protagonismo judicial diz respeito ao distanciamento entre a classe política e a sociedade civil. Quando as instituições políticas majoritárias se mostram incapazes de responder satisfatoriamente às demandas sociais, há uma maior propensão para buscar apoio no Poder Judiciário. Esse indesejado descolamento, além de diminuir a já abalada confiança na política, pode resultar no fortalecimento das Cortes. Verifica-se, desse modo, um *déficit* na representação política tradicional.

Porém, essa inércia também pode configurar uma estratégia para evitar uma tomada decisão sobre um tema bastante sensível para atores políticos. Nesse caso, diante do elevado custo político que a decisão pode envolver, as instâncias majoritárias podem, silenciosamente, buscar transferir a solução do conflito para o ambiente judicial. Segundo Neal Tate, muitos órgãos legislativos estaduais norte-americanos certamente preferem deixar as políticas sobre aborto nas mãos do Poder Judiciário (TATE, 1995, p. 32). Cuida-se de uma delegação intencional (*willful delegation*) das instituições majoritárias, quando não pretendem receber críticas da opinião pública por terem decidido sobre questões polêmicas. Assim, os Tribunais são chamados a preencher os vazios criados (intencionalmente ou não) pelos políticos.

No caso *Brown*, é fácil notar essa inércia legislativa. Some-se a isso o fato de que controvérsias relacionadas à igualdade racial e políticas de ações afirmativas são temas sensíveis no debate público americano e que, via de regra, polarizam a opinião pública. Portanto, é até cômodo à classe política evitar o enfretamento do tema, abrindo espaços para atuação do Poder Judiciário.

Algo semelhante se verificou no Brasil com o reconhecimento da união estável homoafetiva. Observe-se que não faltaram projetos de lei pretendendo reconhecer tal direito aos casais homoafetivos. Porém, nenhum deles foi aprovado pelo Congresso Nacional, por maior que tenha sido a mobilização de grupos LGBTs. A deslegitimação da política pode, portanto, contribuir para a expansão judicial.

### 4. DEMOCRACIA NÃO É VONTADE DA MAIORIA.

A disfunção da política não é a única causa da juristocracia. O fim da 2ª Guerra fez emergir um novo paradigma, consistente no Estado Democrático de Direito ou Democracia Constitucional (COPPETTI NETO, 2016). O mito de que o legislador traduz a vontade geral da coletividade é desfeito. Os regimes autoritários do século passado revelaram que os direitos fundamentais, sobretudo das minorias, devem se sobrepor à vontade das majorias eleitas. Nessa ótica, regimes democráticos não se reduzem a uma simples vontade da maioria, ainda que eleita pelo povo. Uma redução conceitual desse jaez pressupõe que se esteja falando de uma democracia meramente

formal ou procedimental. Neste caso, caminharíamos para uma espécie de sistema democrático *suicida*, no qual, em nome do princípio majoritário, corre-se o risco de aniquilar a própria democracia.

A esse respeito, lembra FERRAJOLI que esse risco não é apenas uma “hipótese de escola”, pois o nazismo e o fascismo se “apropriaram do poder por intermédio de formas legais e depois o consignaram ‘democraticamente’ e tragicamente a um líder que suprimiu a democracia” (2014, p. 20). Ultrapassa-se, portanto, uma concepção meramente formal de democracia, exigindo-se sua dimensão substantiva mediante uma proteção reforçada dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais simbolizam, portanto, a *esfera do indecível*, isto é, aquilo que não está no varejo das votações e deliberações políticas ordinárias.

O desdobramento institucional dessas novas ideias tem sido o empoderamento dos Tribunais, alçados à condição de defensores da própria ordem constitucional. Sob essa perspectiva, desenvolve-se uma linha argumentativa que legitima a atuação da jurisdição constitucional quando os direitos fundamentais estiverem sob ameaça. Sendo assim, não apenas quando uma lei se mostrar excessivamente restritiva a direitos e garantias, mas também quando a omissão legislativa caracterizar a ausência de proteção adequada de direitos, juízes e Tribunais estarão habilitados a interferir. No caso *Brown*, verifica-se que a omissão constituía causa de manutenção de um estado de violação de direitos fundamentais de um grupo socialmente vulnerável<sup>4</sup>. Esse caso atesta que a judicialização dos conflitos, não raro, ocorre porque os canais do sistema político estão obstruídos para determinados segmentos sociais, não restando alternativa a não ser as Cortes.

Percebe-se, então, que um dos parâmetros de legitimação da própria justiça constitucional é sua atuação voltada para a promoção dos direitos fundamentais das minorias. Nesse sentido, os Tribunais, muitas vezes, apresentam-se como o *locus* adequado para a proteção de minorias, precisamente por estas não terem voz no ambiente político-representativo.

## 5. LITÍGIOS ESTRATÉGICOS.

A expansão judicial também é impulsionada pela maior utilização que grupos sociais e partidos políticos têm feito dos Tribunais através de litígios estratégicos. As Cortes se convertem em uma nova arena de reivindicação interesses os mais variados. Assim, quando tais grupos percebem a potencial utilidade dos juízes na defesa de seus interesses, passam a encaminhar-lhes demandas, utilizando-se da gramática própria dos direitos constitucionalmente reconhecidos. Isso não significa o fechamento dos tradicionais procedimentos democráticos para canalizar e filtrar as reivindicações desses atores sociais. A rigor, enxerga-se a jurisdição constitucional como *mais uma* oportunidade de realização de seus pleitos, especialmente quando eles não são atendidos pelos órgãos majoritários.

---

<sup>4</sup> Interessante destacar que o Tribunal se valeu de estudos sociais que comprovavam os efeitos psicológicos da segregação nas crianças negras. Segundo esses estudos, a separação denota a inferioridade dos negros e esse sentimento afeta a motivação da criança no processo de aprendizagem. Logo, a segregação racial, especialmente quando institucionalizada em lei, tende a retardar o desenvolvimento intelectual e educacional das crianças negras, privando-as dos benefícios que teriam num sistema educacional integrado.

Como se viu anteriormente, o caso *Brown* foi levado ao Poder Judiciário com o suporte da NAACP, que capitaneou movimentos a favor da igualdade racial. Segundo RODRIGUES (1991, p.21), estima-se que tal instituição dispendeu cerca de duzentos mil dólares com esse processo judicial.

No Brasil, a utilização do STF por grupos sociais que se mobilizam em torno de interesses comuns pode ser exemplificada no julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade. De fato, com a quebra do monopólio da legitimidade ativa que anteriormente pertencia ao Procurador-Geral da República, a Constituição Federal de 1988 promoveu uma radical ampliação no acesso ao STF. Agora, as entidades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais têm autorização para provocar a Corte no controle concentrado (art. 103 da CF/88). A consequência natural foi a crescente busca pelo STF por parte desses atores sociais na defesa de seus próprios interesses ao longo dos anos. É certo que não está em discussão a procedência ou mesmo a legitimidade de cada pleito, sendo viável também argumentar que algumas ações propostas por tais entidades são movidas por interesses meramente corporativos. Em todo caso, o importante é perceber que a facilitação do acesso ao Tribunal também contribui para torná-lo um espaço público ocupado por inúmeros atores sociais e externo ao circuito clássico “sociedade civil-partidos-representação-formação da vontade geral” (VIANNA, 1999, p. 22).

Por outro lado, o STF ainda mantém um entendimento inexplicavelmente conservador no que se refere ao conceito de “entidade de classe”. Para ele, apenas podem ser enquadradas nesse grupo as entidades econômicas e/ou profissionais. Com isso, ficam de fora justamente aquelas entidades que representam minorias étnicas, de gênero, religiosas, sexuais, pessoas com deficiência dentre outros grupos vulneráveis. Em outros termos, uma associação nacional de produtores de cachaça tem acesso direto ao STF, mas uma entidade que atua na defesa de mulheres negras não possui a mesma prerrogativa. Caso instituições que representam minorias tivessem legitimidade ativa para propor ações diretas, poderiam criar uma agenda verdadeiramente de direitos na pauta de nossa Corte Constitucional. Neste particular, salta aos olhos o paradoxo de nossa prática judicial: se uma das missões de uma Corte Constitucional é a proteção de direitos das minorias, como é possível fechar-lhes as portas do Tribunal?

Além da procura pelos Tribunais por partes das referidas entidades, também se constata intensa judicialização impulsionadas pelos partidos políticos, que possuem legitimidade ativa nas ações de controle concentrado. Assim, embora o parlamento seja o ambiente das deliberações políticas, os partidos vencidos nas votações poderão recorrer ao STF através de algum instrumento de controle concentrado. De fato, por meio desse expediente, os partidos de oposição podem obstruir ou retardar os efeitos de uma política estatal aprovada pela maioria. E mais: caso consigam uma decisão favorável no STF, sairão vitoriosos daquela disputa política da qual foram vencidos no âmbito congressional.

Portanto, a jurisdição constitucional apresenta-se como um canal institucional alternativo em relação à esfera político-representativa.

## 6. DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA À POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

Sob um olhar otimista, a juristocracia seria um poderoso remédio contra os males decorrentes de uma crise de representação política que marca as democracias atuais. Em outros termos, diante de um acentuado deslocamento entre a classe política e a sociedade civil e considerando os mecanismos processuais que têm facilitado o acesso à jurisdição constitucional, especialmente no âmbito de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, a transferência de poderes para tais órgãos funcionaria como uma espécie de suplência funcional para suprir os vazios deixados pelos outros poderes. No entanto, essa visão idealizada normalmente oculta o outro lado da moeda, isto é, a intensa *politização da Justiça*, pois os juízes se tornam os principais regentes da vida política do país, interferindo nas regras do jogo de democrático e reconfigurando os elementos de nossa ordem constitucional.

É curioso que, mesmo existindo riscos democráticos com a insurgência de um judicialismo constitucional, parte da doutrina jurídica prefere desconsiderar a dimensão política da jurisdição e continua apostando no mito da neutralidade judicial. Precisa a observação de DAHL (1957, p.280), ao destacar que, como muito da legitimidade das decisões Corte se assenta na ficção de que ela não é uma instituição política, e sim jurídica, aceitá-la como instituição política resolveria muitos problemas ao preço de criar tantos outros.

Ocorre que essa politização pode afetar não apenas a forma de decidir os processos judiciais e o impacto das decisões, como também um peculiar modo de agir *extra-judicial*. Neste ponto, refiro-me à preocupante atuação de juízes “fora dos autos”, quando se manifestam publicamente sobre questões pendentes de julgamento, emitem opiniões sobre temas que integram a pauta do parlamento ou do governo, buscam prestígio e apoio social na imprensa ou nas redes sociais. Além de comprometer regras básicas da ética profissional, transforma o juiz em ator político, sem legitimidade e sem *accountability*, em perigoso desvio de função. Como destacado por Felix Frankfurter, “é hostil ao sistema democrático envolver o Poder Judiciário na política do povo” (BICKEL, 1978, p. 183).

## 7. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS ATRAVÉS DAS CORTES?

Tribunais conseguem promover transformações sociais complexas? Podem empurrar a história e agir como vanguarda iluminista, conduzindo uma sociedade órfã e sem esperança na política? (MAUS, 2000, p. 138) Na teoria constitucional, são frequentes as referências elogiosas a decisões que se tornaram emblemáticas, enaltecendo, ainda mais, o protagonismo judicial. O caso *Brown* é um exemplo disto. Sem dúvida, a decisão é um avanço em termos de ampliação da isonomia. Porém, o risco dessa juristocracia é supor que a superação da segregação racial se deu única e exclusivamente em virtude da sagacidade e perspicácia de um Tribunal agindo isoladamente.

Observe-se que não era suficiente apenas anular uma lei discriminatória. Era preciso modificar radicalmente toda uma estrutura educacional e pedagógica, que se assentava numa duradoura segregação racial. Por isso, não foram poucas as resistências à Suprema Corte. Embora a carga simbólica de tal decisão seja evidente, apenas em 1955 a Corte anunciou as diretrizes que deveriam ser adotadas para uma mudança gradual das escolas segregadas, nas quais deixassem de existir distinções fundadas na cor das pessoas. Todo um sistema escolar não poderia reverter suas principais estruturas institucionais da noite para o dia<sup>5</sup>.

Nota-se, com isso, que a Suprema Corte dificilmente teria condições para implementar sozinha as doutrinas defendidas em *Brown*, o que só foi viável com uma atuação dialógica e coordenada com os Poderes Executivo e Legislativo. Como bem apontou SUSTEIN (1993, p. 146):

A decisão da Corte em *Brown* é normalmente vista como uma extraordinária demonstração da habilidade da magistratura federal para realizar amplas reformas nas instituições sociais, e de até mesmo ter promovido o fim do apartheid na América. Na verdade, porém, *Brown* confirma a frágil posição institucional do Judiciário. Dez anos após a decisão, não mais que cerca de 1.2 por cento das crianças negras do Sul frequentavam escolas dessegregadas. Apenas em 1964, após o envolvimento do Congresso e do Poder Executivo é que houve uma ampla dessegregação.

Sem dúvida alguma, a jurisdição constitucional possui um papel significativo nos arranjos institucionais das democracias contemporâneas, especialmente como instância contramajoritária para tutelar direitos fundamentais e preservar as regras do jogo democrático. Isso, porém, não transforma uma Corte em uma instituição moralmente superior, infalível e detentora de capacidade institucional para promover transformações sociais mais complexas. É imperiosa, então, uma visão mais realista, que se afaste de uma idolatria judicial e da demonização da política.

Com isso, afasta-se a ideia de uma legitimidade mítica de qualquer dos poderes estatais. Da mesma maneira como não é razoável supor que um Parlamento eleito se degenerará em uma ditadura da maioria, também não se crê numa espécie de infalibilidade judicial, como se as Cortes sempre decidissem a favor dos valores fundamentais da ordem constitucional. Isso aponta para a necessidade de diálogos institucionais como uma alternativa plausível para a construção coordenada do significado da Constituição, a partir das potencialidades estruturais dos agentes envolvidos e de suas capacidades institucionais.

---

<sup>5</sup> “Se as escolas segregadas em junho tentarem reabrir como escolas integradas em setembro, haverá o caos, e a educação de um grupo de alunos, tanto negros quanto brancos, será prejudicada ou destruída. É preciso traçar novas fronteiras de captação de alunos, e pode ser difícil respeitar a tradição de vizinhança, ou mesmo de agrupar a educação por área territorial; os professores e os alunos devem ser redistribuídos, e os custos pessoais de tais decisões variados e difíceis. Os problemas com reações adversas serão bem mais urgentes e ameaçadoras. A segregação racial duradoura é uma parte importante da vida daqueles que desejam mantê-la; o seu sentido de autoidentidade é desafiado por qualquer enfraquecimento substancial da segregação, e estas são as sementes tanto da violência quanto do desespero. Os problemas poderiam ser aplacados, ou mesmo completamente solucionados, por meio de um processo de mudança mais gradual.” (DWORKIN, 1999, p. 464).



Esse aspecto ainda precisa ser decantado na práxis judicial brasileira, especialmente no âmbito do STF. Existem razões bastante plausíveis para estimular um modelo dialógico de jurisdição constitucional, o que nos permite superar alguns mitos que se formaram em torno da autoridade e legitimidade das Cortes Constitucionais. O primeiro deles consiste em supor que um Tribunal como o STF possui a prerrogativa de oferecer a última palavra sobre a interpretação constitucional<sup>6</sup>. Essa forma de pensar negligencia o fato de que as constituições democráticas consubstanciam conquistas sociais e se inserem numa esfera pública plural com diversos protagonistas (LUHMANN, 1996). A Corte é apenas mais um. Suas interpretações, portanto, podem e devem ser submetidas a um permanente escrutínio público e, sendo o caso, é possível sua reversão através dos canais democráticos para tal finalidade, especialmente quando estamos diante de uma interpretação equivocadamente construída.

Outro campo fértil para a promoção de diálogos institucionais é o das omissões legislativas. Aqui, é recomendável que, em um primeiro momento, o Tribunal busque superar o estado de inércia mediante a deflagração de reações legislativas, evitando ocupar o lugar do legislador. Como uma variante própria dessa questão, vale ressaltar o reconhecimento, por parte do STF, do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, apontando para falhas estruturais e omissões de diversas autoridades e instituições, que têm resultado em sistemática violação de direitos humanos. Embora a Corte assuma um protagonismo judicial de partida, a tônica da decisão é promover uma cooperação com os demais poderes a fim de atenuar os problemas decorrentes do estado de coisas inconstitucional e restabelecer o respeito aos direitos fundamentais dos presos.

Observe-se, nessa perspectiva, que o ativismo judicial não é incompatível com a ideia de diálogos constitucionais (LEITE, 2017). Ao revés, ele pode servir para desencadear procedimentos e medidas que estavam obstaculizados em outras esferas institucionais, especialmente quando estamos diante de questões constitucionais, cujo deslinde envolve um custo político elevado para as instâncias representativas.

## 8. CONCLUSÕES

É crucial perceber como os arranjos institucionais e constitucionais contribuem para práticas ativistas, criando um ambiente favorável a esta espécie de prática. Tribunais não atuam no vazio. O ambiente político, a opinião pública, o *timing* da decisão, o capital político do próprio Tribunal, sua credibilidade perante a sociedade e o perfil das constituições são apenas alguns ingredientes que podem servir de estímulos a atuações ativistas. Em grande medida, apenas em sistemas constitucionais democráticos observamos os elementos necessários, embora não suficientes, para a expansão judicial dos Tribunais, pois neles são asseguradas as garantias de independência orgânica e funcional do Poder Judiciário. Com efeito, é pouco provável que se configure uma atuação ativista de uma Suprema Corte em um regime político autoritário ou de exceção. Existindo um ator político

---

<sup>6</sup> Cf. MENDES, 2011; BRANDÃO, 2012.

hegemônico, com intensa centralização de poderes, como ocorria com os presidentes-generais durante o regime militar no Brasil, os riscos de retaliação por parte do governo ao Poder Judiciário são muito elevados.

Além disso, vislumbra-se não só a possibilidade, como a necessidade, de uma perspectiva dialógica para compreender a dinâmica institucional entre o Poder Judiciário e as instâncias majoritárias. É preciso compreender qual contribuição a Corte pode oferecer no processo dialógico de concretização constitucional, sem excluir os demais poderes. Assim, o ativismo judicial, em vez de ser exercido apenas como um sinal de autoridade, é frutífero enquanto estratégia que almeja desencadear reações na esfera política, sobretudo nos casos de inércias das instituições representativas. Ativismo judicial e diálogos institucionais, portanto, não são incompatíveis. Por vezes, diante de obstáculos políticos que impedem a atuação inaugural das instituições majoritárias em certas matérias, por meio de práticas ativistas a Corte poderá dar início à interação, removendo, inclusive, tais obstáculos, para liberar os canais de interlocução com o legislador. Desse modo, a jurisdição constitucional pode agir como importante mediador de diálogos constitucionais, resgatando, a partir de argumentos de razão pública, a responsabilidade política das deliberações na esfera representativa, o que significa um modo equilibrado de reconciliar os postulados do constitucionalismo e da democracia.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **O ativismo judicial e seus limites**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- COPETTI NETO, Alfredo. **A Democracia Constitucional**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- DAHL, Robert. Decision-making in a Democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. In: **Journal of Public Law**. Role of the Supreme Court.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.
- GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the Judiciary: the accountability function of Courts in new democracies**. Frank Cass: London, 2004.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press, 2004.

LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Henning (Orgs.). **Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas europeias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEWIS, Frederick P. **The context of judicial activism: the endurance of the Warren Court legacy in a conservative age**. Lanham, Md: Rowman & Littlefield, 1999.

LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. (orgs.). **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, Recife, PE, Universidade Federal de Pernambuco, n. 11, p. 138-139, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva; FGV, 2011. (Série Produção Científica: Direito Desenvolvimento Justiça).

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren, 1953-1969: revolução constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

STRAUSS, David A. **The living constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SUSTEIN, Cass. **The partial constitution**. Harvard University Press, 1993.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba, PR: Juruá, 2009.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck et al., **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WHITE, G. Edward. Earl Warren’s influence on the Warren Court. TUSHNET, Mark (coord.). **The Warren Court in historical and political perspective**. University Press of Virginia, 1993.

#### COMO CITAR ESSE DOCUMENTO:

LEITE, Glauco Salomão. A dinâmica da política constitucional: o que podemos extrair do caso “brown vs. board education”? *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, out. 2018. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11521>>. Acesso em: \_\_\_\_\_. doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v2i55.11521>.